

[判例 5] 会話の秘密録音

これには、会話の両当事者に内密に聴取・録音する場合と、会話の一方当事者の同意を得た上で聴取・録音する場合とがある。⁵⁾

事案：会話の秘密録音のうち、会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音についての適法性が問題となった。

論点 1：「強制の処分」

会話内容の秘密性が委ねられている会話の相手方の同意により完全な意味でのプライバシー侵害がなくなるから、会話の一方当事者の同意に基づく会話の秘密録音により重要な権利・利益が制約されるとはいえない。したがって、「強制の処分」には当たらない。

論点 2：任意捜査の限界

会話の秘密録音は、個人のプライバシー、さらには人格権をも侵害するものであるから、これが「必要」な任意捜査（197 条 1 項本文）として許容されるためには、必要性、緊急性なども考慮した上で具体的状況のもとで相当といえることが必要であると解する。

相当性は、秘密録音の必要性和プライバシー侵害との比較衡量により判断されることになる。プライバシー侵害の程度の判定においては、⑦会話の内容（会話内容が私生活や人格権にかかわるような内密性のあるものであるか）、⑧会話の場所（他人から会話を聴取されることを容認すべき場所であるかどうか）等が考慮される。

[判例 6] おとり捜査

おとり捜査とは、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する」捜査手法をいう。

この定義によれば、捜査機関やその協力者による積極的な働き掛けが必要であるから、積極的な働き掛けをすることなく、相手方が犯罪に出るところを待って検挙するという手法は、おとり捜査ではないことになる。

おとり捜査は、機会提供型（捜査機関やその協力者による働き掛け行為の時点までに、対象者が、過去に同種同態様の犯行を反復継続している等、機会があれば犯行に出る見込みがあった場合）と、犯意誘発型（そのような事情がなかった場合）に分類される。

事案：あへんの営利目的輸入・大麻の営利目的所持等の罪による前科を有する被疑者について、大麻樹脂約 2kg の営利目的所持等を被疑事実として機会提供型のおとり捜査が行われた。

要旨：「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するもの

A

千葉地判 H3.3.29・百 9

判例講座 I 188 頁

リークエ 177 頁

判例講座 I 193 頁参照

A

最決 H16.7.12・百 10

判例講座 I 196 頁

⁵⁾ 酒巻 170・判例講座 I 188 頁では、会話の両当事者に内密に聴取・録音する場合については、「みだりに私的な会話を他人に聴取・録音されない自由ないし期待の侵害に加え、そこで行われる会話内容の秘密性…を併せ侵害する強度の法益侵害を伴う類型的行為態様と認められる」（酒巻）・「プライバシーという重要な権利・利益を侵害するものである」（判例講座 I）として、「強制の処分」に当たるとされている。もっとも、司法試験平成 27 年採点実感を読み限り、「強制の処分」に当たらないとされる余地も残されている。

であるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見方のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑事訴訟法 197 条 1 項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、上記のとおり、麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買手を求めていたのであるから、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂 2kg を買受ける意向を示し、被告人が取引の場に大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。したがって、本件の捜査を通じて収集された大麻樹脂を始めとする各証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認できる。」

(論証 1) 「強制の処分」

おとり捜査については、刑事訴訟法「に特別の定め」がないから、これが「強制の処分」に該当するのであれば、強制処分法定主義（刑事訴訟法 197 条 1 項但書）に違反することとなる。

確かに、おとり捜査は、犯罪を行わない自由を侵害するという意味で、憲法 13 条が保障している人格的自律権を侵害とも思える。

しかし、対象者は犯罪が禁止されていることを理解した上で自らの意思で犯罪を実行しているのだから、働き掛けをしている者の身分や意図について錯誤があるにすぎず、(法的保護に値する) 意思決定の自由が侵害されているとはいえないと解すべきである。^{6) 7)}

したがって、おとり捜査は、重要な権利・利益を制約するものではないから、「強制の処分」に当たらない。

よって、おとり捜査は、強制処分法定主義に反しない。

(論証 2) 任意捜査の限界

おとり捜査には、捜査の公正に反するうえ、刑罰法規の保護法益の侵害が生じるという問題点がある。

判例講座 I 197 頁

判例講座 I 198 頁

6) 相手方の意思決定の自由を奪い、犯罪を行うことを強制すれば、それは強制捜査となる。しかし、そのようなものは、もはやおとり捜査とはいえないであろう (判例講座 I 198 頁)。

7) “もし、そのうえでなお人格的自律権の侵害があるというなら、その権利の内容は、人から働き掛けを受けないで犯罪を行う自由ということになろうが、そのような自由は法的に保護に値する利益とはいえないであろう。…この見解とは異なり、より広く、他人(国家)から干渉を受けないで独自に意思決定する自由をというものを想定し、おとり捜査は、相手方のこの意味での自由を侵害するという考え方もある。しかし、人が社会生活を営むものである以上、日々の生活の中で、他人から様々な働き掛けを受けることが当然に予想されるのであり、そもそも、他人(国家)から干渉を受けないで意思決定をする自由というものが、法的に保護される権利といえるかという疑問があろう。以上のとおり、おとり捜査の相手方について、法的に保護すべき権利・利益の制約を想定することは困難である。そうだとすると、おとり捜査により、相手方の意思に反した権利・利益の制約は生じていないということになる…” (判例講座 I 198 頁)

そこで、おとり捜査の適法性は、①おとり捜査を許すべきといえるだけの必要性があり、かつ、②捜査の公正・法益侵害という問題を考慮した上で相当といえる場合に肯定されると解する。⁸⁾

(図)

(必要性)	(相当性)
<p>おとり捜査の目的は犯人検挙にあるから、おとり捜査の必要性は、犯人検挙のためにおとり捜査という手段を用いることが必要であることを意味する。</p> <p>考慮要素は⑦～⑩であり、⑦・⑩の認定は必須である。</p> <p>⑦対象者に対する嫌疑</p> <p>⑧対象犯罪の重要性</p> <p>⑨証拠の収集・保全の状況（収集・保全済みの証拠だけで対象者を犯人として検挙できるか）</p> <p>⑩補充性（通常の捜査方法のみでは対象者を犯人として検挙することが困難）</p>	<p>おとり捜査の相当性は、④捜査の公正に反する程度・⑤法益侵害性の2点から判断される。</p> <p>④では、捜査機関側による対象者に対する働きかけ・関与の程度が問題となり、機会提供型・犯意誘発型の区別は、④として考慮される。</p> <p>⑤では、直接の被害者の有無、現実の間接被害者の有無、被害法益の内容・性質、現実の被害の程度・態様などを考慮する。</p> <div style="margin-left: 40px;"> <p>④捜査の公正に反する</p> <ul style="list-style-type: none"> └ 機会提供型—具体的な働きかけ・関与の程度 └ 犯意誘発型—同上 </div> <p>⑤法益侵害 — 直接の被害者の有無、現実の間接被害者の有無、被害法益の内容・性質、現実の法益侵害の程度・態様</p>

[過去問]

(事案)

1. 警察官Kは、覚せい剤密売人Aを取り調べた際、Aが暴力団組員甲から覚せい剤の購入を持ち掛けられたことがある旨供述したので、甲を検挙しようと考えたが、この情報及び通常の捜査方法のみでは甲の検挙が困難であったため、Aに捜査への協力を依頼した。Aは、この依頼を受けて、事前にKから受け取ったビデオカメラをかばんに隠し、平成24年3月10日午前10時頃、喫茶店において、甲に「覚せい剤100グラムを購入したい。」と申し込み、甲は、「100グラムなら100万円だ。今日の午後10時にここで待つ。」と答えた。Aは、Aと会話してい

A

平成24年予備試験

⁸⁾ 最高裁平成16年決定は、おとり捜査の適法要素として、①直接の被害者がいない犯罪・②機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象として行われ・③補充性（通常の捜査方法のみでは犯人の検挙が困難）を挙げている。もっとも、本決定は、「少なくとも」①～③の要素が備わっている場合にはおとり捜査が許されると述べており、この場合に限っておとり捜査が許されるわけではない。例えば、①については、法益侵害が軽微で、直ちに回復が可能である場合などは、直接の被害者がいる犯罪についても、おとり捜査が許容される余地が残されており、また、②についても、他の要素との関係で、犯意誘発型のおとり捜査が適法に行いうる場合があるのかは明らかではない（犯意誘発型の場合、働きかけの態様が強度にならざるを得ないがゆえに、典型的に相当性を欠くという理解もありうるし、相当性以前の問題として、機会があれば犯罪を行う意思があるという疑いさえない者につき、そもそも、おとり捜査を行う必要性が認められるのかという疑問もある。）（判例講座I 206~207頁）。

る甲の姿及び発言内容を密かに前記ビデオカメラに録音録画し、Kは、Aからその提供を受けた。

2. Kは、同日正午頃、Aから提供を受けた前記ビデオカメラを疎明資料として裁判官から甲の身体及び所持品に対する搜索差押許可状の発付を受け、甲の尾行を開始したところ、甲が同じ暴力団に所属する組員の自宅に立ち寄った後、アタッシュケースを持って出てきたため、搜索差押許可状に基づく搜索を行った。すると、甲の所持していたアタッシュケースの中から覚せい剤100グラムが入ったビニール袋が出てきたことから、Kは、甲を覚せい剤取締法違反で現行犯逮捕した。

(設問)

【事例】中の1記載の捜査の適法性について、問題点を挙げ、論じなさい。

(答案)

第1. おとり捜査

1. 警察官Kは、甲を覚せい剤密売の犯人として検挙するために、捜査協力者Aをして、甲に対して覚せい剤の密売を持ち掛けているところ、これはおとり捜査に該当する。これは、「法律に特別の定め」がない「強制的処分」として、強制処分法定主義（刑事訴訟法197条1項但書）に反しないか。

(1) 「強制的処分」とは、強制処分法定主義や令状主義による保護に見合うだけの重要な権利・利益を実質的に制約する処分、すなわち、個人の意思に反し、その重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解すべきである。

(2) 確かに、おとり捜査は、犯罪を行わない自由を侵害するという意味で、憲法13条が保障している人格的自律権を侵害とも思える。

しかし、対象者は犯罪が禁止されていることを理解した上で自らの意思で犯罪を実行しているのだから、働き掛けをしている者の身分や意図について錯誤があるにすぎず、(法的保護に値する)意思決定の自由が侵害されているとはいえない。

したがって、おとり捜査は、個人の意思に反した権利・利益の制約を伴うものではないから、「強制的処分」に当たらない。

2. では、任意捜査(197条1項本文)として適法か。

(1) おとり捜査には、捜査の公正に反するうえ、刑罰法規の保護法益の侵害が生じるという問題点がある。

そこで、おとり捜査の適法性は、おとり捜査を許すべきといえるだけの必要性があり、かつ、前述した2つ問題を考慮した上で相当といえる場合に肯定されると解する。

- (2)ア. Aの供述から、暴力団組員甲がAに対して覚せい剤の購入を持ち掛けた事実が認められる。

そして、覚せい剤密売が暴力団の資金源になっていることが多

いことに鑑みれば、甲については、A に対して一度だけ覚せい剤の購入を持ち掛けたことがあるだけでなく、暴力団の資金調達の一環として、組織的かつ常習的に、不特定多数の者に対して覚せい剤を密売していた疑いが認められる。このような覚せい剤密売は暴力団の資金源になり得るうえ、覚せい剤の利用者を増大させることで社会秩序を破壊し得るものであるから、早急に犯人を検挙する必要がある。

にもかかわらず、覚せい剤密売では、秘密裏に行われるという性質上、犯人検挙に繋がる証拠を獲得するのが困難であり、実際に、A からの情報だけでは甲を検挙することが困難であった。

これらの事情に、通常の見つけ方のみでは甲を検挙することが困難であったことも併せ考えれば、甲を検挙するためにおとり捜査を行うことを許すべきといえるだけの高度の必要性があったといえる。

イ. 他方で、甲が A に対して覚せい剤購入を持ち掛けたことがあるという事実から、甲には機会があれば覚せい剤密売を行う意思があったといえる。しかも、A からの「覚せい剤 100 グラムを購入したい。」との申込みに対し、甲が難色を示すことなく「100 グラムなら 100 万円だ。今日の午後 10 時にここで待つ。」と答えている。これらの事情から、本件のおとり捜査は、甲の犯意を誘発するものではなく、機会があれば覚せい剤密売を行う意思を有していた甲に対して覚せい剤密売の機会を提供したにとどまるものであるうえ、機会提供のための働き掛けも執拗なものではなかったといえる。そのため、捜査の公正さに反する程度は小さい。さらに、覚せい剤密売が少なくとも直接の被害者がいない犯罪であることからすれば、生じた法益侵害も大きくない。

したがって、本件おとり捜査の態様には相当性がある。

ウ. よって、本件おとり捜査は任意捜査として適法である。

第 2. ビデオカメラによる録音・録画

…略…

4. コントロール・デリバリー (CD)

B

捜査機関が、薬物や拳銃等の禁制品の存在を把握しながらも、直ちにその所持者や輸入者を検挙することなく、そのまま監視を続け、その禁制品の届け先を確認した上で、一網打尽に関係者を検挙する捜査手法をいう。これには、本物の禁制品をそのまま運搬させるライブ CD と、他の無害物品と入れ替えて運搬させるクリーン CD に分類される。

麻薬特例法 3 条・4 条は、ライブ CD を行うことを可能にするために、捜査機関から通報・要請があり、規制薬物の散逸等を防止するための十分な監視体制が確保されていると認められる場合に、規制薬物の不法所持者の上陸又は麻薬類の輸入を許可することを認めている。また、麻薬特例法 8 条は、クリーン

く、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。

とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。」

〔判例 2〕 訴因と異なる放火方法の認定

事案：現住建造物等放火罪（自宅全焼・既遂）の被告事件において、起訴状には放火の方法として「ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し、同ガスに引火、爆発させて火を放った」と記載されていたところ、裁判所は、訴因変更手続を経ないまま、Xが「何らかの方法により」ガスに引火、爆発させたと認定した。

本件では、放火の方法について、「台所に充満したガスに引火、爆発させて火を放った」ところまでは事実関係が絞り込まれており、点火の具体的方法（＝台所に充満させたガスに引火・爆発させた方法）について、裁判所が「何らかの方法により」として、訴因よりも抽象的な認定をしたのである。

要点：本決定は、上記の事実関係を前提として、「ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更の手続を要する…。…審理の経過に照らせば、原判決が、同スイッチ（ガスコンロの点火スイッチ）を作動させた行為以外の行為により引火、爆発させた具体的可能性等について何ら審理することなく「何らかの方法により」引火、爆発させたと認定したことは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を超えて無限定な認定

A

最決 H24.2.29・H24 重判 4

をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない」と述べて、訴因変更を必要とする立場に立った。

(答案)

1. 訴因変更の要否

(1) …略…

(2) 被告事件は、自宅全焼による現住建造物放火罪であるから、殺人罪・傷害致死罪等と同様に、法益侵害が1回しか起こり得ない。そのため、放火の客体までが識別できれば他の放火事件と区別することができるから、放火の方法は審判対象の画定に不可欠な事実とはいえない(①)。⁴⁾

他方で、ガスに引火・爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであるから、一般的に被告人の防御にとって重要な事項である。そのため、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更の手續を要する(②の前段)。

もつとも、例外的に訴因変更が不要とならないか、前記②の後段の要件を満たすかが問題となる。ここで、訴因変更の要否の段階では、被告人の手續保障を徹底する見地から、不意打ち概念を抽象的に捉え、認定事実について訴訟の過程で争点化し、被告人に反論の機会が与えられていなければ、これにより実質的な防御上の不利益が生じたかどうかを問わず、被告人に対する不意打ちが認められると解する。

そして、本件では、検察官は、ガスに引火・爆発させた方法として本件ガスコンロの点火スイッチの作動以外の行為について予備的な主張をしておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の被告人の刑事責任の有無・内容に関し、求釈明や証拠調べにおける質問等はしていなかった。そのため、点火スイッチの作動以外の方法については、訴訟の過程で争点として顕在化されておらず、被告人に反論の機会が与えられていない。それにもかかわらず、点火スイッチの作動以外の方法も含めた「何らかの方法により」引火、爆発させたと認定することは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を超えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない(②の後段)。

したがって、訴因変更が必要であったといえる。

よって、原判決(第1審判決)には、相対的控訴理由(379条)が認められる。

2. 上告審における原判決破棄事由

訴因変更手續が必要であるにもかかわらずそれを經ずに訴因と異なる事実を認定したという点は、控訴審では原判決破棄事由に位置づけられている(397条1項)ものの、上告審では、訴因変更手續を経ずに事

⁴⁾ 客体全焼事案でない限り、同一客体に対して別罪として放火罪が複数成立する余地が残るものの、焼損の箇所を特定することで他の放火事件と区別することができるから、放火の方法は①に当たらない。

実認定をした違法が「原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるとき」に初めて原判決破棄事由になる（411条柱書、同条1号）。

(1) 訴因変更の要否の段階と異なり、原判決破棄事由の段階では、訴訟経済の要請に配慮する要請もあるから、被告人の防御は具体的に捉えるべきである。

そこで、訴訟の帰結に関わるほど大きな防御上の不利益（実質的な防御上の不利益）が被告人側に生じたとはいえない場合には、訴訟経済を優先して手続を維持するために、前記原判決破棄事由は認められないと解すべきである。

(2) 最高裁平成24年決定は、以下の①～③の理由から、訴因変更手続を経ずに上記認定をした違法をもって、いまだ「原判決を破棄しなければ著しく正義に反する」（411条柱書）ものとは認められないと述べて、原判決の破棄を否定した。

① 訴因と原判決の認定事実を比較すると、…台所に充満したガスに引火・爆発させて火を放ったという点では同一であって、その方法が異なるにすぎない。そして、引火・爆発時に被告人が1人で台所にいたことは明らかであることからすれば、引火・爆発させた方法が、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火スイッチを作動させて点火する方法である場合（訴因）とそれを含め具体的に想定し得る「何らかの方法」である場合（原判決の認定事実）とで、被告人の防御は相当程度共通し、上記訴因の下で現実に行われた防御と著しく異なってくることはないものと認められるから、原判決の認定が被告人に与えた防御上の不利益の程度は大きいとまではいえない。

② 原判決は被告人が意図的な行為により引火・爆発させたと認定している一方、本件がガスコンロの点火スイッチの作動以外の着火原因の存在を特にうかがわせるような証拠は見当たらないことからすれば、訴因の範囲内で実行行為を認定することも可能であったと認められるから、原審において更に審理を尽くさせる必要性は高くない。

③ 原判決の刑の量定を是認することができる。

[判例3] 過失

判例1: 自動車の速度調節義務を怠った過失が問題となった事案において、速度調節義務を課す根拠となる路面の滑りやすい原因と程度に関する具体的事実として、訴因として掲げられていた「降雨による路面の湿潤」という事実に加え、訴因として撤回されていた「石灰の粉塵の路面への堆積凝固」という事実を併せて認定した場合について、注意義務を課す根拠となる具体的事実には訴因としての拘束力がなく、被告人の防御権も侵害されていないとして、訴因変更手続を要しないとした。

判例2: 「濡れた靴をよく拭かずに履いていたため、一時停止の状態から発進するにあたり足を滑らせてクラッチペダルから踏み外した」という過失の訴因で、「一時停止中の他車の後に進行接近する際ブレーキを

B

最決 S63.10.24

最判 S46.6.22・百 A18

人に対する不意打ちにならない。

したがって、争点顕在化措置は不要である。

4. 以上より、裁判所は、訴因変更手続や争点顕在化措置を要することなく、幫助の事実を認定できる。

[論点3] 裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定する場合

1. 認定事実が訴因の特定に不可欠な事実該当する場合

(1) 訴因の特定

例えば、起訴状において共謀の時期を明らかにしていない事案において、共謀の時期が訴因の特定に不可欠な事実該当すると解するのであれば、起訴状は、そのままでは、訴因の特定を欠くことになる。

もっとも、裁判所は、いきなり訴因の特定を欠くとして公訴棄却判決(338条4号)を言い渡すのではなく、①まずは、検察官に求釈明する義務(規則208条)に基づき、検察官に対して共謀の時期について求釈明すべきである。

公訴棄却判決には一事不再理効がないことからすれば、訴訟経済の観点からは、補正の余地があるのであれば既存の手続を維持すべきだからである。

そして、②訴因の特定に不可欠な事項(義務的求釈明の対象)については、検察官の釈明内容が訴因の内容を構成するから、検察官が釈明により共謀の時期を明らかにしたのであれば、訴因の特定が満たされることになる。

これに対し、③検察官が釈明しないのであれば、補正の余地がないから、訴因の特定を欠くとして公訴棄却判決(338条4号)を言い渡すことになる。

(2) 判決の内容の問題点

例えば、裁判所が「4月1日又は4月3日の共謀に基づき…」というように、共謀の時期について概括的に認定したのであれば、概括的認定の可否が問題となる。

(3) 判決に至る手続の問題点

ア. 訴因変更の要否

(ア) 共謀の時期が訴因の特定に不可欠な事項である場合、これは義務的求釈明の対象となる。そうすると、検察官が共謀の時期は「4月2日」とであると釈明した場合、訴因の内容として共謀の時期が4月2日に特定されるに至っていたことになる。したがって、裁判所が4月1日又は4月3日の共謀を認定することについては、訴因と異なる事実認定として、訴因変更の要否の問題が顕在化する。

(イ) 共謀の時期が訴因の特定に不可欠な事項であるため、第一段階の判断枠組みにより、訴因変更が必要であるという結論に達する。

イ. 訴因変更の可否

実際に言い渡された判決の問題点について問われている事案であれば、訴因変更の可否を論じる余地はない。

A

平成25年予備試験設問1・2

平成29年予備試験設問2

事例演習195～197頁

総まくり110頁 [論点6]

2. 認定事実が訴因の特定に不可欠な事実該当しない場合

(1) 訴因の特定

共謀の時期が訴因の特定に不可欠な事実該当しないと解するのであれば、起訴状は、そのままで、訴因の特定が認められることになる。

そうすると、裁判所は、訴因の特定を欠くとして公訴棄却判決を言い渡すことができない。

もっとも、裁判所は、被告人の防御権保障の観点から、検察官に求積明することができる。これは裁量的求積明であるものの、検察官は積明義務を負うことになる。とはいえ、訴因が特定されている以上、検察官が積明義務を怠っても、公訴棄却判決を下すことはできない。

(2) 判決の内容の問題点

例えば、裁判所が「4月1日又は4月3日の共謀に基づき…」というように、共謀の時期について概括的に認定したのであれば、概括的認定の可否が問題となる。これは、前記1と同じである。

(3) 判決に至る手続の問題点

ア. 訴因変更の要否

共謀の時期は訴因の特定に不可欠な事項ではなく、裁量的求積明の対象にとどまると考えると、検察官が共謀の時期は「4月2日」とであると積明をしても、その積明内容は訴因の内容を構成しない。そうすると、訴因の内容として共謀の時期が特定されていないままである。したがって、裁判所が4月1日や同月3日の共謀を認定することは、訴因内の事実認定であるから、訴因変更の要否の問題が顕在化しない。

イ. 争点顕在化措置

最高裁平成13年決定における「一般的に…被告人の防御に重要な事項…の成否について争いがある場合等に…は、争点の明確化などのために、検察官において…明示するのが望ましい」という訴因変更の要否の二段階目の判断枠組みの基礎にある「争点の明確化」の要請を、検察官の積明内容と異なる事実を認定する場面にも及ぼし、裁判所による事実認定が具体的訴訟経過の中で不意打ちに当たる場合には、争点顕在化措置が要求され、これを怠り検察官の積明内容と異なる事実認定をしたのであれば、争点逸脱認定として求積明義務違反(規則208条)になると解すべきである。

【論点4】罪数の変化

一罪として起訴された犯罪を数罪として認定する場合や、逆に数罪として起訴された犯罪を一罪として認定する場合、その事実関係に変化がなく、罪数評価が異なるだけであれば、訴因変更を必要としない。

例えば、強盗致傷罪で起訴されたが、窃盗の機会が認められず窃盗と傷害罪と認定する場合には、縮小認定に伴う罪数の評価の変化にすぎないから、訴因変更は不要である。

これに対し、強盗と傷害の併合罪で起訴したところ、強盗傷人罪一罪で認定する場合には、強盗の機会という新たな事実が加わることになり、刑も重

総まくり 109 頁 [論点5]

C

池前 283 頁